INTRODUÇÃO AO DIREITO NATURAL CLÁSSICO E SUA IMPORTÂNCIA CONTEMPORÂNEA PARA A FILOSOFIA DO DIREITO[1]

AN INTRODUCTION TO CLASSICAL NATURAL LAW AND ITS CONTEMPORARY IMPORTANCE TO THE PHILOSOPHY OF LAW

Emanuel de Melo Ferreira[2]

Resumo

Este artigo busca: a) apresentar uma introdução histórica ao direito natural clássico, apontando suas principais características; b) investigar em que medida tais ideias tem influenciado a filosofia do direito contemporânea, perquirindo, assim, se há atualidade no estudo daquelas antigas concepções. A partir das ideias clássicas, será possível estudar como autores contemporâneos como John Finnis as utilizam na construção de um renovado jusnaturalismo que dialoga criticamente com positivistas como Hart e Raz, demonstrando a atualidade de tal estudo ao sustentar a impossibilidade de se descrever o direito de modo neutro ou avalorativo.

Palavras chave: jusnaturalismo clássico; jusnaturalismo contemporâneo; positivismo; neutralidade; valores.

Abstract

This paper aims to: a) show an historical introduction to the classical natural rights theory, demonstrating its main features; b) investigate in which measure those ideas has influenced the contemporary philosophy of law, asking, then, if is actual the study of those ancient conceptions. Through those classical ideias, it will be possible to study how contemporary authors such as John Finnis uses them on the construction of a renewed natural law that critically dialogues with positivists like Hart and Raz, demonstrating the actuality of such research when one argues the impossibility of describing law in a neutral and avalorative fashion.

Key words: classical natural law; contemporary natural law; positivism; neutrality; values.

1. Introdução

Este artigo tem dois objetivos: a) apresentar uma introdução histórica ao direito natural clássico, apontando suas principais características; b) investigar em que medida tais ideias tem influenciado a teoria do direito contemporânea, perquirindo, assim, se há atualidade no estudo daquelas antigas concepções. O tema, então, insere-se no âmbito da filosofia e da teoria do direito, tendo como problema central a seguinte questão: desperta interesse prático para a teoria

[1] Texto enviado ao CONPEDI e pendente de análise para eventual publicação.
[2] Professor Assistente I (UERN-Mossoró). Mestre e doutorando em Direito (UFC). Procurador da República.

e filosofia do direito o estudo do jusnaturalismo, especialmente quando se parte de reconstruções históricas acerca de suas raízes clássicas?

A pesquisa em torno do primeiro objetivo parte da caracterização que Merio Scattola apresenta acerca dos modelos históricos do direito natural. A opção por tal autor é justificada a partir da metodologia empregada no seu texto para descrever as principais correntes do direito natural, desenvolvendo, inicialmente, as características essenciais do direito natural clássico, para, em seguida, apresentar a contraposição trazida pela razão jusnaturalista moderna.

O desenvolvimento do segundo objetivo, por outro lado, vai demonstrar como as ideias clássicas do direito natural influenciam autores contemporâneos como John Finnis. Tal filósofo do direito, como se sabe, está inserido na tradição anglo-saxã, desenvolvendo suas pesquisas a partir de referenciais positivistas como o de Herbert Hart, que foi seu professor na Universidade de Oxford. A justificativa para a concentração em tal autor deve-se, essencialmente, à prática judicial e doutrinária brasileira: fala-se muito em pós-positivismo no sentido de que não há mais razão de ser entre o debate positivismo x naturalismo. No entanto, os autores[3] ignoram vertentes atuais do jusnaturalismo, como a teorização de John Finnis.

O texto está dividido em duas partes. Na primeira, serão apresentadas seis características centrais no jusnaturalismo clássico, na formulação de Scattola. Em seguida, investigar-se-á como tais ideias estão presentes na obra de John Finnis. Percebe-se, portanto, como a metodologia empregada neste texto, muito embora parta de pesquisa unicamente bibliográfica, tem um necessário potencial prático ao servir de base para críticas doutrinárias e judiciais pós-positivistas. Finalmente, deve-se destacar que, apesar de o texto referir-se mais precisamente às ideias de John Finnis, em diversos trechos será destacada a importância atual do direito natural clássico também para outros autores, inclusive brasileiros, muito embora a citação destes sirva muito mais para esclarecer pontos da doutrina clássica ou do próprio pensamento de Finnis.

2. As ideias centrais do jusnaturalismo clássico

História e teoria do direito estão imbricadas de um modo complexo, pois a análise do direito como fenômeno histórico demanda alguma compreensão prévia sobre quais são as

---

[3] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).* Revista de Direito Administrativo N: 240 (Abril-Junho de 2005). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

características centrais de um fenômeno que, uma vez reunidas, podem servir para qualificá-lo como jurídico. Em outras palavras: somente se pode fazer história do direito com alguma compreensão que a teoria do direito fornece acerca do que é direito.

Harold Berman, logo na introdução de sua obra clássica, aponta a necessidade de se superar análises do direito baseadas em teorias exclusivamente normativas, fáticas ou valorativas[4]. O autor, assim, parece sustentar a necessidade de algum tipo de "pós-positivismo", pelo menos na medida em que, não desprezando tais teorias do direito, despreza a utilização exclusiva de qualquer delas. Seguindo essa advertência, este artigo buscará estudar o direito natural sem a pretensão de convertê-lo em única forma de compreensão do direito, como também proceder-se-ia caso se estivesse pesquisando sobre o positivismo jurídico ou as teorias sociológicas do direito. Assim, busca fornecer algum ponto de partida para o estudo histórico do direito, muito embora este como sistema tenha se desenvolvido muito depois que as primeiras ideias do jusnaturalismo clássico[5].

A análise do direito natural em termos históricos atrai, num primeiro momento preliminar ao estudo de suas teses clássicas centrais, a investigação acerca do ataque ao direito natural que se faz, justamente, em nome da história. Alega-se que a pretensão de universalidade e imutabilidade dos princípios de justiça não existem na prática, sendo a história capaz de demonstrar exatamente o contrário, a saber, uma pluralidade de concepções particulares sobre o bem e o mal, o justo e o injusto.

Para Leo Strauss, o argumento histórico contra o direito natural, nos termos descritos, é inteiramente irrelevante, por diversas razões. O autor inicia sua sustentação apontando que por trás de tal crítica está a premissa de que o consentimento humano é capaz de responder à questão acerca da justiça, no sentido de que o justo seria aquilo admitido pela maioria dos homens como algo correto. Ora, argumenta o autor, "precisamente porque o direito natural é racional, a sua descoberta pressupõe o cultivo da razão e, portanto, o direito natural não será conhecido de modo universal: entre os selvagens nem se deve esperar encontrar qualquer conhecimento real do direito natural[6]".

---

[4] BERMAN, Harold J. *Law and revolution – the formation of the western legal tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. ponto v do prefácio.

[5] Os historiadores do direito apontam que somente a partir do século XII o sistema jurídico começou a se formar, com a gradativa diferenciação entre direito, moral, costume e religião. Para Bellomo, de fato, não poderia sequer ter existido juristas anteriormente a tal data, pois "o direito, de fato, era visto como idêntico às artes da argumentação e expressão, por um lado, e com padrões éticos, por outro". BELLOMO, Manlio. *The common legal past of Europe*. Translated by Lydia G. Cochrane. Washington: The Catholic University of America Press, 1998. p, 46.

[6] STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2009. p, 11.

Esta é uma premissa importante: o direito natural precisa ser descoberto, conhecido, e isso já é o suficiente para admitir a diversidade de pretensas concepções sobre o justo, sendo que algumas não passam de equívocos dos povos que não desvelaram o direito natural. Além disso, as pretensas particularidades históricas, das quais derivariam as regras e a justiça particular de cada tempo, só fazem algum sentido quando referidas a certas normas universais[7].

Positivistas como Norberto Bobbio compartilham dessa ideia defendida por Leo Strauss ao reconhecer que o consenso humano não torna uma ação justa: se fosse assim, a escravidão deveria ser considerada de acordo com os princípios de justiça, eis que tal instituição gozava de amplo apoio popular através da história[8]. Jusnaturalistas clássicos como o brasileiro Glauco Barreira Magalhães Filho segue linha semelhante, apontando que a alegada diversidade de concepções sobre o justo pode decorrer de uma compreensão errônea dos fatos, sendo, portanto, equivocada. O presente trecho bem demonstra a tese, sendo uma defesa da igualdade entre homens e mulheres a partir do caráter racional do ser humano e da irrelevância da força física como critério discriminante:

> Dentro da visão aqui apresentada, a justiça é um valor imutável que só pode realizar-se historicamente por uma compreensão correta dos fatos. Assim, nos países orientais onde a mulher é tratada como inferior ao homem na natureza, a justiça, enquanto exigência de tratamento igualitário dos iguais, é também reconhecida, no entanto, há uma equivocada compreensão dos fatos, já que a mulher é considerada inferior ao homem em natureza ou essência, do que resulta a concussão errônea do tratamento desproporcional. Muito embora a mulher seja fisicamente mais frágil que o homem, ela iguala-se a ele em capacidade racional. A força física diz respeito a nossa animalidade e, sob esse ponto de vista, um leão está em melhor situação que uma pessoa humana. A nossa humanidade está assentada na racionalidade, nossa nota diferencial ou diferença específica, como dizem os lógicos, e, nesse aspecto, homens e mulheres são iguais. O erro de certos países orientais é o de desconhecer a igualdade racional entre homens e mulheres. Essa ignorância, todavia, é de certo modo propositada e, logo, *vencível*, como diziam os pensadores medievais, pois se essas

[7] Segundo Leo Strauss: "Mas a história acabou por revelar perfeitamente incapaz de manter a promessa que a escola histórica fizera. Esta conseguira desacreditar os princípios universais ou abstractos; pensara que os estudos históricos revelariam a existência de padrões particulares ou concretos. Porém, o historiador imparcial tinha de confessar a sua incapacidade para deduzir normas a partir da história: não restavam quaisquer normas objetivas. A escola histórica obscurecera o facto de que os padrões particulares ou históricos só podem adquirir autoridade quando se baseiam num princípio universal que impõe ao indivíduo uma obrigação de aceitar; ou de reverenciar, os padrões sugeridos pela tradição ou pela situação que o moldou". Ob cit. p, 18.

[8] Bobbio aborda a questão no contexto dos âmbitos da norma jurídica, expressos pela facticidade, normatividade e pelos valores, defendendo que o *consensus humani generis* não é suficiente para a justiça da norma, como visto: "O fato de uma norma ser universalmente seguida não demonstra sua justiça, assim como também, o fato de não ser absolutamente obedecida não pode ser considerado prova de sua injustiça. A derivação da justiça da eficácia poderia equiparar-se a um dos argumentos mais frequentemente discutidos entre os jusnaturalistas, o chamado *consensus humani generis*, ou simplesmente *consensus omnium*. Perguntam-se os jusnaturalistas: pode-se considerar como máxima de direito natural a que seja acolhida por todos os povos (alguns diziam: 'todos os povos civilizados')? A resposta dos mais intransigentes era a negativa explícita e com razão, pois o fato de a escravidão, por exemplo, ter sido praticada por todos os povos civilizados em um certo período histórico não a transformava numa instituição conforme a justiça. A justiça é independente da validade, mas também independente da eficácia". (destaques no original). BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3ª ed. Bauru: Edipro, 2005. p, 50-51.

> mulheres não fossem impedidas de aprofundar-se em estudos, revelariam suas potencialidades (com destaque no original)[9].

As diversas concepções de justiça, assim, não deporiam contra o caráter universal desta, pois tal pluralidade não equivaleria a dizer que seria impossível conhecer, verdadeiramente, a justiça. Na mesma linha do trecho acima transcrito, Leo Strauss vai sustentar que essa pluralidade pode decorrer de "uma variedade de erros, que não contradiz, mas antes pressupõe, a existência de uma verdade acerca da justiça".[10] Assim, da mesma forma que o universo não deixa de existir diante das diversas explicações humanas divergentes sobre ele e sua origem, também o direito natural não seria inexistente ante a pluralidade de concepções sobre o justo[11].

E como o direito natural, especialmente o clássico, poderia ser conhecido? Essa questão será abordada adiante, especialmente quando do estudo do direito natural como ordem universal. Neste momento, deve-se reconhecer que o direito natural somente pode ser conhecido através da filosofia: "onde não há filosofia, não há conhecimento do direito natural"[12]. A filosofia, tida como originária na sociedade grega clássica em face de diversos fatores como estabilidade econômica, política e a própria localização geográfica, teve como uma de suas características marcantes a busca pela explicação não mítica do mundo, superando tal forma de conhecimento por uma apreensão racional dos fenômenos, quaisquer que fossem[13].

Essa exploração filosófica do direito natural busca as causas primeiras, admitindo, assim, que tais causas existem ao negarem que "no princípio fosse o Caos": do nada não pode surgir algo e os seres contingentes necessitam de um elemento necessário e eterno para existir[14]. Na teoria clássica, esse elemento eterno é, justamente, a lei eterna, como adiante demonstrado.

Didaticamente, deve-se continuar apontando que há três concepções de direito natural estudadas pelos doutrinadores, quais sejam: o direito natural decorrente da natureza, da vontade

---

[9] MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Teoria dos valores jurídicos – uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p, 164-165. Como dito na introdução, o autor ora citado é um daqueles que contribuem para o entendimento do direito natural clássico. A tese lançada na obra mencionada parte de diversas características da modernidade as quais, segundo o autor, contribuem para a crise de identidade do próprio ser humano hodiernamente, quais sejam: o ceticismo moral, a rejeição do princípio da não-contradição, as diversas concepções sobre verdade, a relativização dos valores, o materialismo, ausência de modelos e falta de profundidade metafísica. Ob. cit. p, 39-84.
[10] STRAUSS, Leo. Ob. cit. p, 85.
[11] STRAUSS, Leo. Ob. cit. p, 85.
[12] STRAUSS, Leo. Ob. cit. p, 71.
[13] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia. Filosofia pagã antiga*. 3ª ed. São Paulo: Paulus, 2007. p, 3-6.
[14] STRAUSS, Leo. Ob. cit. p, 78.

de Deus ou da razão[15]. A concepção clássica introduzida neste texto aborda as duas primeiras concepções, partindo, como dito na introdução, do texto de Merio Scattola.

O referido autor, antes de apresentar as características centrais do jusnaturalismo, aponta que sua ideia, fundamental para o desenvolvimento da moderna concepção de estado nacional, é antiga, partindo de autores como Aristóteles ou Santo Tomás de Aquino. Sua preocupação central no texto, no entanto, é analisar a evolução do direito natural do ideário clássico ao moderno, fundado eminentemente na racionalidade e não na ideia de Deus. Nessa empreitada, vai indagar se houve continuidade ou não entre as respectivas concepções e quais alterações podem ter ocorrido[16]. Para a compreensão ampla do direito natural proposta pelo autor, é necessário, inicialmente, conhecer bem as primeiras ideias do direito natural clássico, sendo essa, repita-se, a justificativa para a concentração neste.

O autor, ainda nas considerações metodológicas sobre sua abordagem, aponta que é possível estudar o direito natural num aspecto formal e material. O primeiro aspecto diz respeito à maneira como as ideias de tal corrente do pensamento foram transmitidas, interpretadas e reinterpretadas através dos anos[17]. O segundo aspecto concentra-se nas características, no conteúdo em si de cada doutrina, que será o cerne deste texto.

Scattola apresenta seis características centrais ao direito natural clássico, que serão, posteriormente, debatidas a partir da concepção moderna: a) o direito natural como manifestação de ideias inatas ao homem; b) a correspondência entre direito natural e os dez mandamentos; c) o direito natural como manifestação de uma pluralidade de princípios; d) o direito natural como ordem universal; e) a validade dessa ordem e o impacto do direito natural na sociedade; f) o direito natural e o direito das gentes[18].

Dizer que o direito natural corresponde às ideias inatas significa admitir que ele corresponde àquilo que Deus gravou no coração dos homens, existindo desde o nascimento sem

---

[15] Michel Villey, outro jusnaturalista que parte das ideias clássicas, esclarece o uso da expressão "natureza" nessa primeira concepção do direito, partindo da análise da tese de que "os movimentos das criaturas são explicados por suas causas finais": "Em Aristóteles essa proposição resultava da observação da "Natureza". A própria natureza persegue fins. Evidentemente, nem sempre os atinge; uma planta pode germinar mal, a cópula de dois animais pode engendrar um monstro; não é o caso mais comum. Está claro que a expressão "natureza" é metafórica: só Deus age por intermédio da natureza. VILLEY, Michel. *Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p, 3.

[16] SCATTOLA, Merio. *Models in history of natural law. Ius Commune: Zeitschrift für europäischer Rechtsgechichte*, v. 28, 2001, p. 91-159. Frankfurt am Main: Vitorio Klostermann, p, 96.

[17] Sobre este ponto, o autor aponta que há duas grandes correntes de pensamento, a escolástica católica e a teoria protestante de Philipp Melanchthon, as quais sobressaem como intérpretes e difusores do ideário jusnaturalista. Conceber o aspecto formal do estudo a partir dessa dicotomia, no entanto, é equivocado, como ressalta o autor, pois: a) confere muita importância às divergências entre religiões; b) olvida que o direito natural já se fazia presente no direito romano. Idem. p, 96-97.

[18] Idem. p, 104-133.

a manifestação de qualquer tipo de vontade. Ele ilustra tal ideias a partir da concepção de Cícero, para quem o direito, por exemplo, de legítima defesa, decorre no próprio seio da natureza, não sendo fruto de nenhum exercício de aprendizagem[19].

O direito natural corresponderia, ainda, aos dez mandamentos. A estipulação dos dez mandamentos por Deus teve por finalidade renovar o direito natural, reafirmando o pecado do pecador e a virtude daqueles que se permanecessem virtuosos[20].

O direito natural clássico, ainda, é formado por uma pluralidade de princípios, que não são deduzidos uns dos outros a partir de raciocínio típico da modernidade, mas compreendem uma hierarquia na qual os inferiores precisam respeitar os superiores. A passagem bíblica acerca do sacrifício de Isaac, por exemplo, bem demonstra o conflito entre um princípio tido por inferior, qual seja, a proteção da vida de um filho, com um mandamento superior, que seria a vontade de Deus[21].

O direito natural como ordem universal apresenta especial interesse para a teoria do direito, pois é neste momento que temas como a lei eterna, lei divina, tirania e formas de visibilidade de tal ordem pelo homem serão analisadas pelo autor. Partindo de São Tomás de Aquino, tem-se a clássica estipulação das leis em eterna, natural, humana e divina.

A lei eterna compreende a razão divina manifestada no plano de Deus para criação do mundo. Como um artesão projeta mentalmente sua obra antes de inicia-la, também assim agiu Deus e tal projeto compreende uma lei que só pode ser conhecida completamente por ele mesmo ou por anjos que lhe sejam próximos[22].

A lei natural é a participação da razão humana na razão divina, a saber, uma parcela da lei eterna que pode ser cognoscível pelo ser humano. Ela compreende o mandamento supremo de "fazer o bem", orientado o ser humano para suas finalidades, tais como: preservação da vida, casamento com o sexo oposto e manutenção de vida virtuosa em sociedade[23].

A lei humana, por sua vez, é a norma positivada pelo ser humano em dada sociedade, com pretensão de tornar o homem bom ou, pelo menos, conter os impulsos do homem mau. A lei humana deve respeitar a lei natural, pois decorre dela através de dois procedimentos: dedução ou especificação, compreendendo, o *jus gentium* e o *jus civile*, respectivamente:

---

[19] Scattola esclarece, por outro lado, que tal ideia não foi totalmente recepcionada por pensadores como Tomás de Aquino, para quem os princípios do direito natural demandariam um mínimo de experiência para serem apreendidos na mente humana, sendo, mais precisamente, quase inatos, no sentido de passarem a existir logo após o nascimento, com um contato mínimo do ser humano com o bem e o mal. Idem. p, 106-109.

[20] Idem. p, 109-110.

[21] Idem. p, 111.

[22] Idem. p, 125.

[23] AQUINO, Tomás. *Suma Teológica*. Questão 94, art. 2. p, 1528. Disponível em: https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf. Acessado em: 28 de maio de 2018.

> Assim, a proibição do homicídio é parte do *jus gentium*, mas o tipo de pena que deve ser reservada ao homicida é parte do *jus civile*, pois se trata da aplicação histórica e social de urna lei natural especificada e fixada pelo *jus gentium.* Sendo derivados logicamente da *lex naturalis*, os preceitos do jus gentium podem ser conhecidos independentemente de uma pesquisa histórica sobre os diversos tipos de sociedade, ao passo que, evidentemente, o mesmo não vale para os preceitos do *jus civile*. Se os preceitos da lei humana ou positiva sio derivados da lei natural, eles são conhecidos pela razão e estão presentes no conhecimento. Desse modo, a sociedade poderia até não fixá-los na lei humana ou jurídica. Entretanto, nós os encontramos estabelecidos no direito. E isso se deve porque existem "pessoas propensas aos vícios e neles obstinadas, e dificilmente podem ser guiadas pela persuasão. Assim, é necessário que sejam obrigadas pela força e pelo temor a evitar o mal, para que, abstendo-se de fazer o ma1 pelo menos por esse motivo, deixem os outros em paz e, finalmente, por esse habito de evitar o mal, sejam levadas a fazer voluntariamente o que antes só faziam por medo, tornando-se as- sim virtuosas"[24]. (destaques no original)

Sendo assim, uma lei humana que não respeitasse a lei natural era uma lei injusta, tirânica, autorizando, em certos casos, até mesmo a desobediência, como adiante comentado. É nesse sentido que Tomás de Aquino ressalta: “A lei tirânica, não estando de acordo com a razão, não é, absolutamente falando, lei; antes, é uma perversão dela”[25].

Tanto a lei humana como a natural destinar-se-iam a garantir uma vida boa no plano terreno. Era necessária, assim, uma quarta categoria de lei que possibilitasse a salvação da alma após a morte, garantindo a beatitude da alma. Essa é a finalidade da lei divina, expressa no Evangelho[26].

Até aqui, pode-se constatar a ampla influência da religião nos assuntos que, hodiernamente, poderiam ser considerados como tipicamente jurídicos, como a lei. Não é à toa que os historiadores do direito, cada vez mais, preocupam-se com as teorizações em torno da teologia e sua relação com o Direito, marcada por influências diversas, tais como: a) tipificação criminal de fatos tipicamente relacionados aos pecados, como roubo ou homicídio; b) o papel dos confessores, que deveriam seguir procedimento regrado quando da confissão, sendo que as autoridades religiosas passavam a, cada vez mais, atuar como conselheiros das partes em diversos assuntos terrenos relacionados, por exemplos, a tipos de contrato[27]. Mas o ponto de partida para compreender as relações entre moralidade religiosa e a gênese da juridicidade é o reconhecimento de que, para o homem pré-moderno, a salvação da alma era tão importante

---

[24] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia. Patrística e escolástica.* 2ª ed. São Paulo: Paulus, 2005. p, 228.
[25] AQUINO, Tomás. Ob. cit. Questão 92, art. 1. P, 1518.
[26] SCATTOLA, Merio. Ob. cit. p, 116.
[27] BELLOMO, Manlio. Ob. cit. p, 47.

quanto uma boa vida terrena. Sendo assim, o foro interno de cada um deveria também ser alvo de regulamentação e objeto da jurisdição, justamente para se alcançar aquela finalidade[28].

Ainda no contexto da ordem universal, Scattola vai apontar que uma de suas características marcantes é a invisibilidade da lei eterna, a qual somente é conhecida a partir dos seus efeitos levados a cabo pela lei natural, humana e divina[29]. Trata-se de um desenvolvimento da ideia em torno da impossibilidade de o ser humano conhecer completamente a razão divina.

Finalmente, a ordem universal do direito natural clássico relaciona-se com a ordem secular num primeiro sentido relacionado à tirania dos governantes. Na linha da corrupção da lei humana, acima citada, ter-se-ia a corrupção do próprio corpo político a partir da busca pelos interesses privados por parte das autoridades políticas. Em situações desse tipo, ter-se-ia a justificativa para a desobediência civil, autorizando-se aos representantes do povo alocados entre este e o tirano a possibilidade de retirá-lo do poder. Perceba-se, assim, que não se admitia uma participação direta dos governados nos atos de desobediência[30].

As duas características finais propostas relacionam-se às condições de validade do direito natural e à ligação deste com o direito das gentes. O direito natural clássico tem a pretensão de ver válido imediatamente, no sentido de que não precisa da intermediação da lei humana para possibilitar sua aplicação. O direito natural, ainda, não conteria o direito das gentes, mas estaria ao lado deste, ambos servindo para regulamentar aspectos distintos da vida humana. Através do primeiro, ter-se-ia a preocupação com aspectos naturais da vida tais como o casamento. Através do segundo, ter-se-ia a regulamentação sobre quaisquer transformações à natureza efetivada pela vontade humana, tais como as considerações em torno da propriedade[31].

Tomás de Aquino concebe o direito das gentes nessa vertente universalizante, a partir de instituições criadas pelo homem que deveriam ser respeitadas por todos, como as embaixadas. Tanto é assim que, no tratado sobre a Justiça, o autor expressamente segue a caracterização do *jus getium* efetivada por Gaio: "aquilo que a razão natural estabelece entre todos os homens e todas as nações o observam, se chama o direito das gentes (*jus gentium*)"[32].

---

[28] DECOCK, Wim. *Theologians and contract law. The moral transformation of the Ius Commune* (ca. 1550-1560). Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p, 26-27.
[29] SCATTOLA, Merio. Ob. cit. p, 125.
[30] SCATTOLA, Merio. Ob. cit. p, 117-118.
[31] SCATTOLA, Merio. Ob. cit. p, 132-133.
[32] Essas ideias de Tomás de Aquino influenciam autores brasileiros como Luiz Fernando Barzotto, o qual sustenta a necessidade de se retornar ao direito natural clássico como uma forma de superação do ativismo judicial, propondo uma teoria do direito democrática que busque superar o subjetivismo arbitrário do juiz no momento de decidir. Ele constrói um direito natural institucional a partir de diversos autores e Tomás de Aquino é um deles,

3. Da importância prática do estudo do direito natural clássico – introdução ao pensamento de John Finnis

No tópico anterior, buscou-se demonstrar as características centrais do direito natural clássico. A importância atual de tal estudo para a teoria do direito é objeto desta segunda parte, a qual buscará demonstrar como o pensamento clássico de Tomás de Aquino influencia autores contemporâneos como o pensador inglês John Finnis.

John Finnis insere-se na tradição teórica da filosofia analítica ao analisar as ideias de positivistas como Jeremy Benthan, John Austin, Hans Kelsen, Hebert Hart ou Joseph Raz. Dialoga, ainda, com não positivistas como Ronald Dworkin, crítico do positivismo na versão desenvolvida por Hart[33]. As teses de Finnis desafiam as concepções atuais sobre o positivismo, a ponto de autores Bruno Torrano admitirem que o direito natural tem condições de oferecer respostas convincentes ao positivismo jurídico, enquanto o denominado "pós-positivismo" não as têm[34]. Levando em conta que, no Brasil, o debate entre jus naturalismo e positivismo é, majoritariamente, limitado às teses lançadas há cerca de 50 anos, com poucas referências a nomes como o John Finnis, a análise deste pode contribuir para a compreensão atual do debate.

Ainda nessa linha, autores declaradamente positivistas como Jeremy Waldron sustentam uma versão do positivismo jurídico denominado normativo, o qual consiste, por exemplo, em teoria prescritiva sobre como juízes deveriam decidir casos sem referência à moral. Nesta versão, tal autor reconhece expressamente que sua teoria pode ser uma superação do debate entre positivismo e jusnaturalismo e o autor jusnaturalista que ele tem em mente é, justamente, John Finnis[35]. Perceba-se, assim, que o estudo deste último autor interessa à teoria do direito como um todo, seja ela de cunho positivista ou jusnaturalista.

John Finnis declara expressamente, logo no prefácio de uma de suas obras voltadas para o estudo de Tomás de Aquino que "pelos últimos trinta anos, meu trabalho em teoria moral, política e jurídica tem utilizado princípios os quais pareceram para mim serem aqueles

---

pois, como visto, há diversas instituições humanas que podem ser explicadas pelo direito natural, como os contratos ou embaixadas. BARZOTTO, Luis Fernando. *Teoria do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. P, 72-73.

[33] HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p, 103-118.

[34] ALMEIDA, Bruno Torrano de Amorim. *Contra o pós-positivismo. Breve ensaio sobre o conteúdo e importância teórica do positivismo jurídico*. RIDB, Ano 1 (2012), nº 11. p, 6459.

[35] WALDRON, Jeremy. *Normative (or ethical) positivism*. In.: *Hart´s postscript. Essays on the postscript to the concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. Kindle edition. p, 8139.

substancialmente utilizados por Aquino nos seus principais escritos em razão prática, direito natural, *prudentia* e justiça"[36].

Especificamente ao direito natural, Finnis vai desenvolver sua teoria na obra "Natural law and natural rights", iniciando sua sustentação apontando que é impossível buscar uma descrição do direito completamente neutra, ou seja, efetivada sem qualquer análise valorativa. Tendo em vista essa impossibilidade, é muito melhor que o pesquisador leve isso em conta explícita e racionalmente. O autor foi instigado pelo próprio Hart para desenvolver uma teoria do direito natural que atualizasse toda a tradição envolvida nessas ideias, seguindo a vertente clássica[37].

Um dos objetivos de Finnis é superar a falácia naturalista imputada ao jusnaturalismo a partir da famosa construção de Hume no sentido de que não pode haver uma prescrição derivada de um estado de fato: um dever ser não pode surgir do ser. Os críticos do jusnaturalismo clássico apontam que é justamente isso que tal corrente faz ao sustentar a existência de princípios universais. Finnis responde a tal crítica utilizando justamente Tomás de Aquino, o qual não recorre a dados empíricos para desenvolver os princípios do direito natural, mas sim à auto-evidência da razão humana. É a partir da razão humana, como visto, que ter-se-ia o mandamento primeiro a lei natural: fazer o bem e evitar o mal. Eis a razão como base para os princípios do direito natural[38].

Para o autor, há uma relação estreita entre bens humanos básicos, razoabilidade prática e instituições como o direito: "Há bens humanos que somente podem ser assegurados através de instituições da lei humana, e requerimentos de razoabilidade prática que somente aquelas instituições podem satisfazer"[39].

A partir de críticas mais graves ao positivismo de Jeremy Bentham, John Austin ou Hans Kelsen, o autor caracteriza tais construções teóricas como extremamente simplistas[40]. Em relação a Kelsen, por exemplo, o autor parte da célebre investigação em torno dos eventuais aspectos comuns entre o direito de um bando de salteadores e o direito de estados como a Suíça para demonstrar como a pretensão positivista de desenvolver uma teoria geral do direito não é praticável. Este é o ponto de partida para a crítica ao positivismo que Finnis efetiva: construções como a de Kelsen não levam em conta os diversos usos da palavra direito, equiparando casos

---

[36] FINNIS, John. *Aquinas – moral, political, and legal theory*. Oxford University Press, 1998. P, viii.

[37] PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. *O laicismo e a teoria da lei natural em Finnis: a religião como bem humano básico*. Arquivo jurídico. Teresina/PI. V. 3, nº 1. p, 4.

[38] SGARBI, Adrian. *O direito natural revigorado de John Mitchell Finnis*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 102. Jan./dez. 2007. p. 663.

[39] FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 2ª ed. Oxford University Press, 2011. Kindle edition. P, 3.

[40] FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. p, 4.

que poderiam ser centrais (direito Suíço) com periféricos (o direito do líder despótico da tribo de salteadores, que sequer preocupa-se com o direito[41]).

De modo semelhante, também John Austin é alvo das críticas do autor ao buscar caracterizar o direito como ordens emanadas de um soberano e apoiadas em ameaças. Como soberano, aquele que profere as ordens não estaria submetido a elas, mas uma construção desse tipo falha em explicar, por exemplo, como se desenvolve o direito em estados federais, nos quais não há somente uma fonte de normatividade[42]. Finnis reconhece que positivistas como Hart e Raz elaboraram teses muito mais aprimoradas que seus antecessores. Não se pode esquecer, por exemplo, que o próprio Hart criticou e buscou superar a versão de John Austin, justamente acusando-o de simplismo ao limitar o direito às regras primárias ou de conduta ("não matar"), olvidando uma série de outras estipulações que servem para criar, modificar ou julgar tais regras primárias, as denominadas regras secundárias[43]. Para Hart, assim, o direito seria a união entre regras primárias e secundárias.

Finnis faz essas críticas ao simplismo do positivismo a partir da tese de Aristóteles em torno dos significados focais. Para Finnis, a melhor metodologia para se conhecer algum objeto, como o direito, é reconhecer que há uma série de diferenças de significados e usos de tal expressão, devendo o teórico suas ideias a partir da diferenciação entre casos que denomina centrais daqueles que seriam periféricos. O caso central seria aquele que melhor demonstrasse o objeto, apresentando-o no seu aspecto mais virtuoso. Por exemplo, ao se analisar a democracia, o caso central seria aquele no qual tal regime político mais teve condições de concretizar ideias como os de eleições livres, direitos das pessoas e igualdade. Por outro lado, o caso periférico seria o extremo oposto, como se tem, por exemplo, com regimes como o da Alemanha nazista[44].

Aristóteles é um dos principais filósofos clássicos, sendo o principal referencial, por exemplo, de Tomás de Aquino, constantemente referido na Suma Teológica como "o filósofo". Como mencionado no parágrafo anterior, a diferenciação entre caos centrais e periféricos parte daquele pensador clássico: para Aristóteles, por exemplo, a virtude da amizade deveria ser estudada em graus, a partir de um caso central (amizade entre amigos de infância, mais profunda e duradoura) para os casos periféricos (amizade entre colegas de trabalho, menos profunda e não tão antiga)[45].

---

[41] FINNIS, John. *Natural law and natural rights.* p, 4-5.
[42] FINNIS, John. *Natural law and natural rights.* p, 4.
[43] HART, H. L. A. Ob. cit. p, 67-68.
[44] FINNIS, John. *Natural law and natural rights.* p, 11.
[45] FINNIS, John. *Natural law and natural rights.* p, 10.

Finalizando seu primeiro capítulo introdutório, Finnis arremata defendendo que á muito melhor uma teoria descritiva do direito que tenha plena consciência de seu inescapável aspecto valorativo, explicitando essas valorações. Esse o principal erro do positivismo: buscou desenvolver teorias que se mostrassem como um "importante componente de muitos sistemas sociais, diferindo significativamente de outras instituições sociais", sem, no entanto, explicitar como essa importância e esse significado deveriam ser avaliados[46]. A teoria de Finnis, assim, explicitamente, avalia a importância e o significado do direito.

A influência do direito natural clássico perpassa toda a obra de Finnis ora estudada. Anteriormente falou-se na importância do direito como garantidor dos bens humanos básicos. Em capítulos como "Os outros bens humanos básicos", Finnis vai explicitar uma série de sete bens ou valores que devem ser considerados essenciais para a vida humana, quais sejam: a vida, o conhecimento, o jogo, a estética, a sociabilidade ou amizade, a razoabilidade prática e a religião[47].

Também no estudo da justiça e da lei injusta em especial, tem-se um retorno ao jus naturalismo clássico, muito embora Finnis forneça uma interpretação bem particular para a clássica afirmação "lei injusta não é lei"[48]. Para ele, Tomás de Aquino nunca quis dizer que a lei injusta não era direito[49]. Finnis sustenta que Tomás de Aquino não atentou para os diversos sentidos que a expressão "lei injusta não é lei" pode apresentar e, quando este formulou tal fraseado, tinha em mente apenas um de seus possíveis sentidos. Para Finnis, a tese de que a lei injusta não seria direito pode ser compreendida em três sentidos diversos, a partir de três pontos de vista: a) num sentido normativo, aponta que certo conteúdo com significado normativo tem status de lei (ponto de vista intra-sistêmico); b) que tal lei é injusta, num sentido crítico (ponto

---

[46] FINNIS, John. *Natural law and natural rights.* p, 9.

[47] FINNIS, John. *Natural law and natural rights.* p, 85-90.

[48] Não pode ser esquecido que autores como Gustav Radbruch também partiram da análise da relação entre justiça e direito, negando a validade jurídica da lei injusta: "Quando uma lei nega conscientemente a vontade de justiça, por exemplo concede arbitrariamente ou refuta os direitos do homem, carece de validade... Até mesmo os juristas devem encontrar coragem para refutar-lhe o caráter jurídico. (...) Pode haver leis com tal medida de injustiça e de prejuízo social que seja necessário refutar-lhes o caráter jurídico (...) Tanto há princípios jurídicos fundamentais mais fortes que toda normatividade jurídica, que uma lei que os contrarie carece de validade; (...) Onde a justiça não é nem mesmo perseguida, onde a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, é conscientemente negada em nome do direito positivo, a lei não somente é direito injusto como carece em geral de juridicidade". RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 336-353.

[49] Essa construção de Finnis deixa autores como Wil Waluchow desconcertados com a confusão que isso pode gerar naqueles que iniciam no estudo da teoria do direito. O autor questiona: "Se a teoria do direito natural não apresenta a visão de que há uma 'lei superior' definindo um objetivo, padrão fundamental ou justiça no qual atos humanos que os violem terão negado seu status de direito válido, então o que exatamente os advogados do direito natural tem tentando nos dizer?". WALUCHOW, Will J. *Inclusive legal positivism.* Clarendon Press: Oxford, 1994. p 1-2.

de vista histórico-sociológico); c) no ponto de vista dos destinatários, aponta que não há justificativa para obedecer tal lei, já que tal lei não poderia impor obrigações morais[50].

Para Finnis, Platão, Aristóteles, Santo Agostinho e mesmo São Tomás de Aquino não prestaram a devida atenção nas distinções entre esses três pontos de vista relacionados aos sentidos da expressão, fazendo com que eles facilmente mudassem o sentido em que empregavam a frase[51]. Isso fica claro quando Toma de Aquino, logo após defender que a lei tirânica não é lei, prontamente acrescenta que: a) tal lei tirânica tem sim um caráter de lei num importante sentido, relacionado aos aspectos formais ao concebê-la como comando de um superior aos seus subordinados[52]; b) mesmo diante da lei injusta, em certos casos dever-se-ia obedecê-la, como forma de respeitar o sistema jurídico com um todo[53]. Para Finnis, portanto, a expressão "lei injusta não é lei" é "puro nonsense, auto-contraditória e não passa de uma dramatização do ponto de vista mais literalmente efetivado por Tomás de Aquino quanto ele diz que uma lei injusta não é lei no sentido focal no termo 'lei', não obstante seja lei num sentido secundário do termo"[54].

Arrematando este tópico, pode-se dizer que Finnis busca revitalizar o direito natural a partir da teoria clássica em diálogo com os principais expoentes do positivismo jurídico. Sua originalidade, demonstrada brevemente nesta explanação, consiste justamente no retorno aos clássicos e na crença de que essas ideias são melhores para descrever e avaliar o direito na sociedade contemporânea.

4. Conclusão

Como dito na introdução, este texto tem uma finalidade introdutória consistente na estipulação das teses centrais do jusnaturalismo clássico, como premissa fundamental para a compreensão de como tais ideias são desenvolvidas por jusnaturalistas contemporâneos, como John Finnis. Tal objetivo foi alcançado a partir da caracterização das ideias centrais do jusnaturalismo clássico e, em seguida, da abordagem inicial das ideias de Finnis, declaradamente influenciado por Tomás de Aquino.

Como esclarecido no texto, as ideias centrais do jusnaturalismo clássico apontam para sua compreensão como uma ideia inata formada por uma pluralidade de princípios que

---

[50] FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. p, 365.
[51] FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. p, 365.
[52] FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. p, 362.
[53] FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. p, 364.
[54] FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. p, 364.

congregam uma ordem universal. Tal ordem, ainda, e parcialmente invisível para o ser humano, apresenta validade capaz de ser aplicada imediatamente na vida humana a ponto de servir de avaliação para os governos, que podem ser tirânicos a ponto de ser lícita uma forma de desobediência e deposição de tal líder. Finalmente, o direito natural apresenta forte contato com o direito das gentes, pois este, apesar de positivo, trata de temas comuns a todo o gênero humano.

Essas ideias servem de base para a compreensão da influência atual do jusnaturalismo clássico. Para John Finnis, a pretensão de descrição do direito completamente neutra almejada pelo positivismo é impossível de ser alcançada, devendo o teórico ter plena consciência do aspecto valorativo e explicitá-lo na sua análise, que deve ser feita a partir dos casos centrais em contraponto aos casos periféricos.

A doutrina clássica é utilizada pelo autor em diversas passagens: a) quando estipula um rol de bens humanos básicos que tem por objetivo a busca pelo bem comum da humanidade, com a vida ocupando papel de destaque; b) com o reconhecimento da razoabilidade prática como bem indissociável do ser humano e de suas instituições, com o direito; c) na concepção de justiça, mesmo ao propor uma releitura ao clássico fraseado em torno da irrelevância jurídica da lei injusta; d) na construção da tese em torno dos casso centrais e periféricos.

O texto, como o próprio título buscou demonstrar, mostrou-se introdutório, servindo de base para aprofundamentos posteriores em torno do direito natural clássico e da própria vertente racionalista, propositadamente não abordada para se alcançar uma maior precisão no objeto de estudo. Tendo isso em mente, tem-se como lançadas premissas metodológicas essenciais para futuras pesquisas.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Bruno Torrano de Amorim. *Contra o pós-positivismo. Breve ensaio sobre o conteúdo e importância teórica do positivismo jurídico*. RIDB, Ano 1 (2012), nº 11.

AQUINO, Tomás. *Suma Teológica*. Questão 94, art. 2. p, 1528. Disponível em: https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf. Acessado em: 28 de maio de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo N: 240 (Abril-Junho de 2005). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Teoria do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BERMAN, Harold J. *Law and revolution – the formation of the western legal tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983. ponto v do prefácio.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3ª ed. Bauru: Edipro, 2005.

BELLOMO, Manlio. *The common legal past of Europe*. Translated by Lydia G. Cochrane. Washington: The Catholic University of America Press, 1998.

DECOCK, Wim. *Theologians and contract law. The moral transformation of the Ius Commune* (ca. 1550-1560). Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 2ª ed. Oxford University Press, 2011. Kindle edition.

____________. *Aquinas – moral, political, and legal theory*. Oxford University Press, 1998.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p, 103-118.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Teoria dos valores jurídicos – uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. *O laicismo e a teoria da lei natural em Finnis: a religião como bem humano básico*. Arquivo jurídico. Teresina/PI. V. 3, nº 1.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia. Filosofia pagã antiga*. 3ª ed. São Paulo: Paulus, 2007.

_________________________. *História da filosofia. Patrística e escolástica*. 2ª ed. São Paulo: Paulus, 2005.

SCATTOLA, Merio. *Models in history of natural law. Ius Commune: Zeitschrift für europäischer Rechtsgechichte*, v. 28, 2001, p. 91-159. Frankfurt am Main: Vitorio Klostermann.

SGARBI, Adrian. *O direito natural revigorado de John Mitchell Finnis*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 102. Jan./dez. 2007.

STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: Edições 70, 2009.

VILLEY, Michel. *Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

WALDRON, Jeremy. *Normative (or ethical) positivism.* In.: *Hart´s postscript. Essays on the postscript to the concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. Kindle edition.

WALUCHOW, Will J. *Inclusive legal positivism.* Clarendon Press: Oxford, 1994.